

LA IMAGEN COMO DATO

LUCRECIO REBOLLO DELGADO
Profesor Titular de Derecho Constitucional
UNED

Resumen: El presente artículo pretende analizar la evolución conformadora del derecho a la imagen como dato. De un original derecho a la *privacy* se desgaja el derecho a la propia imagen, y de este se independiza, adquiere especificidad, autonomía, el derecho a la imagen como dato.

Palabras clave: Derecho a la propia imagen, la imagen como dato, protección de datos de carácter personal y garantías de los derechos y libertades fundamentales.

Abstract: This article aims to analyze the changing compliance of the right to the image as data. From an original right to *privacy* break the right to self-image, and this becomes independent, it acquires specificity, autonomy, the right to the image as data.

Keywords: The right to self-image, the image as data, protection of personal data and guarantees of fundamental rights and fundamental freedoms.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA IMAGEN Y EL CONCEPTO DE UNO MISMO. III. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. IV. LA TEMPORAL EXCLUSIÓN DE LA VIDEOVIGILANCIA. V. LA IMAGEN COMO DATO.

I. INTRODUCCIÓN

Tenemos que ser conscientes de que estamos en un periodo de evolución y perfeccionamiento constante de los derechos, como consecuencia directa del grado de democratización conseguido y como resultado de ello, de la evolución tecnológica. La propia condición humana y su interconexión directa con los avances técnicos, requieren de la regulación jurídica. Pero ocurre que son dos mundos contrapuestos. La tecnología es dinámica, siempre abre múltiples posibilidades, y se expande tanto en el espacio como en el tiempo. El derecho por el contrario pretende lo estable, tiene fuertes limitaciones espaciales y temporales, y muestra cierta pereza para la mutabilidad o la adecuación a las nuevas circunstancias. Pero inexorablemente se necesitan, su acoplamiento es imprescindible para la correcta ordenación social. Pero se constata que el derecho siempre va a remolque del desarrollo tecnológico, lo cual es lógico, porque atiende a solventar un problema, una necesidad social, que hasta que no se constata su existencia, no aparece la necesidad de la delimitación jurídica. De ello hemos de extraer otro presupuesto previo, y que se concreta en la imposibilidad o ineficacia de que el ordenamiento jurídico prevea o limite la infinidad de posibilidades que ofrece la tecnología. Ello produciría una disfuncionalidad en el ordenamiento jurídico que por razones cualitativas o cuantitativas, lo degradaría, perdería su valor como ordenador de la convivencia, a la vez que su aplicabilidad sería inviable. De esta forma, no existe panacea en la relación entre tecnología y derecho, cada ciencia tiene sus métodos, su *modus operandi* y éstos pueden mejorarse, optimizarse, pero no desnaturalizarse.

El presente trabajo tiene como finalidad esclarecer contenidos jurídicos que se han visto plenamente afectados por la evolución tecnológica. Hace sólo diez años el tratamiento informático de la imagen requería mucha capacidad y equipos informáticos potentes. Hoy esta circunstancia ha variado radicalmente y la versatilidad del tratamiento de la imagen se constituye en un potencial lesivo de derechos y libertades fundamentales. La captación de imagen y sonido, su tratamiento y reproducción, es una tarea exenta de dificultad técnica, accesible a cualquiera y los medios técnicos que se requieren son de uso cotidiano. Por el contrario, la regulación jurídica está pensada para un tratamiento de la imagen concreto, a través de unos medios preexistentes y no son pocas las confusiones o lagunas jurídicas en relación con la imagen.

Por estas razones es necesario aclarar algunos conceptos y singularmente delimitar el ámbito de estudio en el que nos centraremos, para lo cual es necesario acotar derechos y términos de forma concreta.

Para esta tarea parece oportuno ir agrupando conjuntos, que aunque próximos o relacionados con la imagen como dato, no se corresponden con el objeto de estudio. Dentro de este primer grupo habría que incluir los derechos que reconoce el art. 18.1 CE, es decir, el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen, dado que su fundamento es la dignidad del ser humano y respecto de los cuales la protección de datos tiene un carácter colateral, aunque no por ello de menor importancia. Estos derechos son el origen, la raíz y base de la protección actual. Se ha producido una evolución y de ellos están surgiendo otros derechos que adquieren autonomía plena, su conformación como nuevos derechos obedece a una mayor protección, a mejores posibilidades jurídicas de defensa, y en todo caso a una evolución palpable del ordenamiento jurídico.

Otro grupo de derechos menos delimitados doctrinalmente, pero sí jurisprudencialmente, son aquellos que tienen como elemento aglutinador la trascendencia pública, o el conocimiento por los demás, en los que se incluyen los derechos al nombre, la imagen pública, la apariencia física, la fama, etc. Tampoco estos derechos cabe incluirlos dentro de la delimitación que realizamos del concepto de la imagen como dato. Aquí lo que se protege de forma específica es una pretensión del individuo con respecto a la sociedad, con una considerable carga moral o ética. Por el contrario, en la imagen como dato lo que se protege es un no uso, una no intromisión en ámbitos del individuo, que se materializa en la libre disposición por parte del sujeto de su imagen.

Aunque haremos referencia parcial al concepto de videovigilancia y estos contenidos sí son propios de la imagen como dato, tienen una especialidad, que se manifiesta en el fin último de la captación, tratamiento o reproducción de la imagen, y que no es otra que la seguridad, ya sea pública, o de particulares.

También hay que deslindar la imagen como dato de los datos biométricos, que aunque comparten características comunes, no son propiamente imagen, independientemente de que el resultado o la finalidad sea la identificación de personas.

La delimitación entre la imagen como dato y los derechos a los que hemos hecho referencia no plantea problemas jurídicos, pero quizás nos resulte necesario ahondar en el derecho a la propia imagen para ob-

tener elementos útiles en la delimitación y diferenciación del derecho que estudiamos.

II. LA IMAGEN Y EL CONCEPTO DE UNO MISMO

Algún método de representación de imágenes o ideas ha sido común y consustancial al propio hombre en toda época. Grecia dará figura humana a sus dioses, a la vez que los expone a la vista de todos en la *Polis*. El hombre y su imagen cobran valor cotidiano, reconocible. Surgida la pintura y la escultura y tras el desarrollo en el mundo occidental de las denominadas artes de la figuración, en 1839 la fotografía desplaza la pintura y la escultura en el monopolio de la representación reconocible, derivando aquéllas a elementos figurativos y abstractos. Con posterioridad, aparece el proceso de reproducción de la imagen en movimiento. Surgirá el cinematógrafo y la televisión y más recientemente internet. Con esta breve evolución, hemos llegado al que podríamos denominar mundo de la imagen.

De esta forma, la figura humana y su representación, es decir, su imagen, constituye el signo más inequívoco de identificación de una persona. El concepto imagen proviene del latín *imago*, *imaginis*, entendiéndose hoy por imagen la figura, representación, semejanza y apariencia de una persona o cosa.

La importancia de la propia imagen tiene dos proyecciones significativas. Una primera alcanza de forma introspectiva al propio individuo y al concepto de sí mismo, con dos ámbitos substanciales, uno físico o corporal y otro mental o psíquico. En lo que hace referencia a la segunda proyección, es externa, hacia fuera, con respecto a los demás y procura o pretende reservar o realizar una imagen acorde con lo que nosotros pensamos o entendemos de nosotros mismos.

Podemos afirmar con Ruíz Tomás¹ que “es imagen toda expresión que haga sensible un objeto carente, en sí mismo, de susceptibilidad para manifestarse, o bien el medio por el que una cosa se destaca en el ambiente externo con más fuerza de la que antes tenía dispuesta para representarse externamente. Es pues la imagen algo representativo”.

Los dos aspectos a los que con anterioridad hemos aludido se ven hoy multiplicados exponencialmente, al igual que lo está todo lo rela-

¹ RUÍZ TOMÁS, P: “Ensayo sobre el derecho a la propia imagen”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia de 1931, pág. 46.

cionado con la persona. El mundo de la información y de la comunicación potencian los posibles mecanismos de lesión o quebrantamiento de nuestra imagen, tanto en el ámbito externo, como en el interno. De ello la necesidad de configurar un nuevo derecho, como hace nuestra Constitución y de dotarlo de autonomía, así como de garantías.

Es probable que la primera argumentación jurídica entorno a la propia imagen tenga su origen en el artículo que realiza en 1873 el juez Cooley en su obra *The elements of torts*, donde argumenta que *privacy* para él constituye el *right to be alone*. En él se insertan dos pretensiones o dos ámbitos de la *privacy*, la soledad y la tranquilidad. Con posterioridad, el famoso artículo de Warren y Brandeis² y de forma concreta la labor jurisprudencial de uno de ellos, establecerá el antecedente del derecho a la propia imagen, si bien destilado del derecho a la intimidad³.

En el inicio de la vigencia del derecho a la propia imagen se entremezcla la intimidad con el honor, con la propia imagen, con la imagen pública y con la patrimonialización de todos ellos. La evolución tecnológica y la pretensión social han materializado el proceso de división, incluso sería más correcto utilizar el concepto de mitosis. Así han adquirido autonomía los derechos que tienen su raíz en uno genérico a la *privacy*, pero es curioso constatar como en el mismo origen de este nuevo derecho a la intimidad, es objeto nuclear la imagen y su reproducción y divulgación.

En Europa, el primer reconocimiento normativo del derecho a la propia imagen tiene su radicación en Alemania en 1907⁴. Puede resumirse su evolución prácticamente en tres fases o periodos. Uno primero, en que en ausencia de reconocimiento normativo autónomo se confunde singularmente con el derecho al honor. Con posterioridad también es confuso su deslinde del derecho a la intimidad. Un segundo periodo tiene un marcado carácter patrimonial, de perjuicio económico. Es significativo en España que la protección se articula teniendo como base el art. 1902 del Código Civil⁵. El tercer periodo en esta evolución se concreta en el reconocimiento constitucional del derecho a la propia imagen

² S. D. WARREN y L. D. BRANDEIS: "The right to the privacy". Volumen IV, nº 5 de la Harvard Law Review. Páginas 193 a 219. Traducción al castellano de BENIGNO PENDÁS y PILAR BASELGA, publicada bajo el título *Derecho a la Intimidad*. Civitas. Madrid 1995.

³ Un resumen de la evolución de este derecho puede verse en REBOLO DELGADO, L: *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª Ed. Dykinson. Madrid 2005.

⁴ Debido al clamor popular suscitado frente a la actuación de dos fotógrafos, que habían reproducido la imagen del Canciller Bismarck en el lecho de muerte contra la voluntad de sus familiares.

⁵ Un extenso repertorio de ejemplos de este periodo en nuestra jurisprudencia puede verse en HERRERO TEJEDOR, obra citada, páginas 102 a 104.

de forma separada al derecho al honor y a la intimidad. Ahora la patrimonialización desaparece como contenido esencial del derecho y pasa a constituirse en una consecuencia más de su protección. Como manifiesta Alegre, “el derecho a la propia imagen puede encerrar una dimensión económica o patrimonial, lo cual es, precisamente, uno de los datos que permiten su diferenciación y la afirmación de su carácter específico respecto de los derechos al honor y a la intimidad”⁶. El fundamento del derecho es la dignidad del ser humano y su libertad como elementos indisolubles. El derecho es ahora autónomo y se concreta en la potestad de impedir que terceros capten y difundan la imagen de una persona, independientemente del medio a través del que se realiza, y en todo caso evitar la difusión incondicionada del aspecto físico. La pretensión del sujeto titular de la imagen es elemento central, tanto de la captación, como de la reproducción y transmisión.

III. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

No faltan autores que sustentan la opinión de que el derecho a la propia imagen carece de sentido peculiar, puesto que no es más que una categoría subsidiaria del derecho al honor. De esta forma Ferrara entiende que “la actual tendencia dominante es la que presenta la tutela de la imagen como una forma exquisita de la sensibilidad del honor de la persona”⁷. También es verdad como afirma Herrero-Tejedor⁸ que el derecho a la propia imagen aparece unido al derecho al honor o la intimidad, como una mera manifestación de los mismos, por lo cual, “tarda más en adquirir un reconocimiento independiente”. Quizás por ello parte de la doctrina sigue manteniendo la filialidad del derecho a la propia imagen en el derecho al honor, o respecto a la intimidad.

Pese a todo lo manifestado, entendemos que si bien el derecho a la propia imagen puede presentar concomitancias, y tener una raíz común, tanto con el derecho al honor, como con el derecho a la intimidad, no cabe duda de que se trata de un derecho autónomo y distinto en nuestro ordenamiento jurídico. La autenticación de esta afirmación radica en la posibilidad de lesionar o realizar una intromisión en el derecho a la propia imagen sin que exista violación del honor o intromisión en la

⁶ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A: *El derecho a la propia imagen*. Tecnos. Madrid 1997, pág. 131.

⁷ FERRARA, F: *Trattato di diritto civile italiano*. Roma 1950. Vol. Y, pág. 480.

⁸ Obra citada, pág. 92.

intimidad. De esta forma se manifiesta también el contenido de la Ley Orgánica 1/1982, que si bien en un principio relaciona la propia imagen con el derecho a la intimidad, y en concreto, en alguno de los supuestos del art. 7.5, también establece la posibilidad de intromisión ilegítima en su ámbito exclusivo en el art. 7.6.

Partiendo ya de la base de la configuración del derecho a la propia imagen como un derecho autónomo, fundamental y constitucionalmente reconocido, nos cabe ahondar en su definición, y son pocos los juristas que han acometido esta labor. Entre los que lo hacen, destaca de forma significativa Gitrama⁹, quien entiende que el derecho a la propia imagen “es un derecho innato de la persona, que se concreta en la reproducción o representación de la figura de ésta, en forma visible y reconocible. Es un derecho subjetivo de carácter privado y absoluto. Es un derecho personalísimo, pero dotado de un contenido potencialmente patrimonial. Es un derecho inalienable e irrenunciable y en general inexpropiable ... en fin, es un derecho imprescriptible”.

Nuestro constitucionalismo, no conoce hasta 1978 derecho alguno identificable con el actual derecho a la propia imagen, si bien existen manifestaciones en algunas sentencias tendentes a poner de manifiesto la necesidad de su reconocimiento. Y mientras ello sucede, se protege utilizando argumentaciones de los principios generales del derecho¹⁰. Es cierto, que de los tres derechos que referencia la Constitución en el apartado primero del artículo 18, el de la propia imagen, es el más reciente en su conformación y reconocimiento, debido a que siempre se le entendió como una manifestación del honor. También en muchas ocasiones no se distingue entre intimidad y propia imagen. Pero el elemento capital que justifica su autonomía como derecho radica en la posibilidad existente de lesiones de la propia imagen, sin que exista intromisión en el honor o en la intimidad.

Antes de delimitar el derecho, conviene tener claro qué es la imagen. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua establece por tal «la reproducción de los rasgos físicos de una persona sobre un soporte material cualquiera». Como derecho se traduce en la facultad de toda persona para decidir sobre la captación o reproducción de su imagen física. De esta forma la imagen hace referencia a lo puramente

⁹ GITRAMA: Voz “imagen, derecho a”. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo XI. Barcelona 1962, pág. 326.

¹⁰ Véase en tal sentido, la sentencia de la Sala Civil de la Audiencia de Zaragoza de fecha 9-VI-1967.

externo de la persona. El fundamento de la protección radica en que la propia imagen es un instrumento básico de identificación y proyección exterior del individuo.

El derecho a la propia imagen lo debemos de diferenciar del concepto social de imagen pública, que va más allá de lo meramente físico y puede hacer referencia a la fama, a la intimidad, al honor, o la reputación social. De esta forma, siendo la propia imagen objeto de liberalidad de todo individuo, a él le corresponde decidir sobre su uso, y el ordenamiento jurídico le otorga la facultad de control.

La titularidad de este derecho también conviene delimitarla, de esta forma todos poseemos el derecho, si bien algunas personas tienen un régimen especial en cuanto a su ejercicio, como son los menores o incapacitados. Por el contrario, no existe diferencia en cuanto al contenido del derecho entre una persona privada y otra pública, pero sí habrá que delimitar las imágenes que forman parte del contenido *inescindible* de su faceta pública, y las que no lo son. En este argumento ahonda la *STC* 139/2001, cuando manifiesta que “no puede deducirse del *art.* 18.1 CE que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite al obrar ajeno, comprenda el derecho *incondicionado* y sin reservas a permanecer en el anonimato. Pero tampoco el anonimato, como expresión de un ámbito de reserva especialmente amplio, es un valor absolutamente irrelevante, de modo que quede desprotegido el interés de una persona a salvaguardarlo impidiendo que su imagen se capte y se difunda”.

También conviene *referenciar* que el contexto donde son tomadas las imágenes es relevante, de esta forma los lugares públicos suponen una restricción del ejercicio del derecho por la *indisponibilidad* de la persona, por el contrario, en lugares no públicos, la disposición del derecho a la propia imagen expande su vigencia.

Por último, manifestar que el derecho a la propia imagen es *patrimonializable*, o susceptible de explotación económica, ahora bien, ésta no es susceptible de protección a través del recurso de amparo, únicamente es susceptible de reclamación por vía civil ante los tribunales ordinarios.

En resumen, el derecho a la propia imagen lo que protege es la captación y reproducción de la imagen física de un sujeto, a través de cualquier medio. Lo que se preserva es un ámbito propio y reservado del sujeto, aunque no íntimo, frente la acción y reconocimiento de los demás. El consentimiento del sujeto es determinante, tanto en la captación de la imagen, como en su reproducción. Respecto de los menores e incapaci-

tados, la prohibición de captación y reproducción es absoluta y sin excepciones.

En relación con otros sujetos el art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982 establece que no hay intromisión ilegítima en la propia imagen:

“ a) ... cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte en actos públicos o en lugares abiertos al público.

b) la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social

c) la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria...”.

Una vez delimitado el derecho a la propia imagen, hemos de centrarnos en la construcción de la argumentación de la imagen como dato. El elemento patrón que utilizamos es el derecho a la propia imagen, porque como acabamos de analizar tiene una existencia previa y una evolución doctrinal, jurisprudencial y normativa. El elemento que comparamos y que pretendemos estructurar es novedoso en sus aplicaciones, y quizás lo más importante a tener en cuenta, sometido a constante cambio. El derecho a la propia imagen se encuentra en todos los ordenamientos jurídicos perfectamente delimitado y los medios de protección son los genéricos de los derechos fundamentales, a los que hay que añadir en España la vigencia de la Ley Orgánica 1/1982 de protección jurisprudencial del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Pero la dificultad desde la perspectiva jurídica se concreta en determinar cuándo el tratamiento, es o puede ser lesivo, y como consecuencia, cuando pretendemos la reparación o cese en la intromisión ilegítima, a qué normativa hemos de acudir. Quizás utilizando la terminología del derecho penal seamos más ilustrativos. Se trata de conocer con exactitud cuando un hecho relativo al tratamiento de imágenes deja de regularse por la norma común y entra en la cualificación de una normativa específica como es la de protección de datos.

Parece el camino acertado delimitar de forma clara en primer lugar el derecho a la propia imagen, resumiendo sus orígenes, evolución y reconocimiento jurídico actual. Esta es la tarea que hemos realizado hasta ahora. Lo siguiente es establecer los contornos, el contenido esencial y la justificación jurídica del derecho a la imagen como dato de carácter personal. Concretando un poco más la pretensión, se trata de averiguar si una imagen, o de forma conjunta imagen y sonido, usada por un medio

de comunicación, o a través de internet, puede constituir una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, o una lesión de las normas sobre protección de datos de carácter personal.

IV. LA TEMPORAL EXCLUSIÓN DE LA VIDEOVIGILANCIA

La Directiva 95/46/CE excluye en su Considerando 26 los tratamientos de datos de sonido e imagen, como los de vigilancia por videocámara, cuando se aplican con fines de seguridad pública, defensa, seguridad del Estado o para el ejercicio de las actividades del Estado relacionadas con ámbitos del derecho penal o para el ejercicio de otras actividades que no están comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión Europea. Un poco más preciso es el art. 2.3 en su apartado e) de la LOPD que establece que “se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos...e) los procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con la legislación sobre la materia”.

En directo desarrollo de esta exclusión se publica la Ley Orgánica 4/1997 que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos (en adelante LOVI). Esta norma desarrolla el artículo 104.1 de la CE, donde consta el mandato a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo dependencia del Gobierno, de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Modifica los artículos 23 c) y 23 d) de la Ley Orgánica 1/1993 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana y el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 9/1983 reguladora del derecho de reunión.

El objeto de la ley es en esencia “la prevención de actos delictivos, la protección de las personas y la conservación y custodia de bienes que se encuentren en situación de peligro, y especialmente cuando las actuaciones perseguidas sucedan en espacios abiertos al público”¹¹. Para ello se establece la posibilidad de que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad utilicen medios técnicos sofisticados y de forma concreta la grabación de imágenes y sonidos. De esta forma “se incrementa sustancialmente el nivel de protección de los bienes y libertades de las personas”¹².

¹¹ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1997.

¹² *Ibidem*

Como es sabido, de forma genérica los derechos fundamentales, y de forma concreta el derecho a la intimidad o el derecho a la propia imagen, no están referidos a un sujeto concreto ubicado en un espacio físico determinado. Se constituyen aquéllos en derechos que acompañan a la persona independientemente del lugar donde se encuentre. De esta forma hemos de manifestar que rigen como tales derechos en los lugares públicos.

El objeto y contenido de la ley hemos de considerarlo jurídicamente como un dato (captación, reproducción y tratamiento de imágenes y sonidos), quedando por tanto bajo la vigencia de la LOPD. Se corrobora ello por el artículo 9.2 de la LOVI cuando establece que “toda persona interesada podrá ejercer los derechos de acceso y cancelación de las grabaciones en que razonablemente considere que figura. No obstante, el ejercicio de estos derechos podrá ser denegado por quien custodie las imágenes y sonidos, en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado, la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando”. Lo grabado, ya sea imagen o sonido, tiene el tratamiento legal de dato, así se deduce de los Considerandos 14 y 15, y el art. 33 de la Directiva 95/46/CE, cuando impone a las Comisión que estudie “...en particular, la aplicación de la presente Directiva al tratamiento de datos que consistan en sonidos e imágenes relativas a personas físicas y presentará las propuestas pertinentes que puedan resultar necesarias en función de los avances de la tecnología de la información...”. También hay que considerar como determinante, el contenido del Considerando 26, cuando establece que “los principios de la protección de datos deberán aplicarse a cualquier información relativa a una persona identificada o identificable”.

La LOVI posibilita el establecimiento de cámaras fijas en lugares públicos, para lo que se requiere autorización previa del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, previo informe favorable de una Comisión cuya presidencia corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma respectiva. Más imprecisa es la autorización de cámaras móviles, que requieren únicamente la autorización del máximo responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, quien lo pondrá en conocimiento de la comisión en un plazo de setenta y dos horas (art. 5.2 de la LOVI)

La utilización de las videocámaras requiere de la proporcionalidad tanto desde la perspectiva de la idoneidad, como de la intervención míni-

ma. La propia norma establece la interpretación de estos dos principios, de tal forma que el artículo 6.2 concreta que “la idoneidad determinará que sólo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, de conformidad con lo dispuesto en esta ley”. En lo relativo a la intervención mínima, el mismo artículo, en su apartado 3, establece que ésta “exige la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara del derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas”. En todos los casos se establece la “existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles”.

Con perfecta concordancia con el artículo 18.2 de la CE, establece la Ley Orgánica que venimos estudiando, la imposibilidad de “tomar imágenes ni sonidos del interior de la viviendas, ni de los vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial” (art. 6.5). Pero quizás lo más significativo de esta norma con respecto a los derechos del art. 18.1 CE es la exclusión genérica que el artículo 6.5 hace de su vigencia “cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada”. Los datos incluidos en este último grupo, deberán ser destruidos de forma inmediata por el responsable de su custodia.

Queda constatado que la vigencia de medios de captación de imagen y sonido tienen una clara influencia en el comportamiento del individuo en espacios abiertos al público. Como nos recuerda El Tribunal Constitucional alemán¹³, “Quien se siente inseguro de si en todo momento se registran cualesquiera comportamientos divergentes y se catalogan, utilizan o transmiten permanentemente a título de información, procurarán no llamar la atención con esa clase de comportamientos. Quien sepa de antemano que su participación, por ejemplo, en una manifestación cívica va a ser registrada por las autoridades y que podrán derivarse riesgos para él por este motivo, renunciará presumiblemente a lo que se supone un ejercicio de los correspondientes derechos fundamentales”.

Como hemos analizado, el art. 6.5 de la LOVI introduce la imposibilidad de grabaciones “cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas”, así como grabar conversaciones de “naturaleza

¹³ Sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo y de Población de 4 de marzo de 1982.

estrictamente privada”, estando autorizada cuando incida de forma “indirecta o leve en la intimidad de las personas”. Esto implica la realización de una grabación, su estudio, y una valoración posterior por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de realizar la vigilancia. Tras la valoración, los responsables de la grabación eliminarán aquello que no estimen válido como elemento de prueba de la comisión de un delito. La norma se ocupa de la ponderación del derecho, pero se sustenta para ello en conceptos jurídicos indeterminados (directa y grave, o indirecta y leve) que son libremente enjuiciados por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Puede constatararse en el contenido de la Ley que analizamos, así como en su fin último, algo que viene resultando casi cotidiano en el legislador moderno, y que se constituye en la pretensión obsesiva de solventar problemas concretos con normas de vigencia estable y generalizada. A nadie se le escapa que la presente ley tiene su origen en las alteraciones de orden público y en la denominada “violencia callejera” en el País Vasco. Se pretende una solución concreta a un problema puntual. El legislador es consciente de la afectación de derechos fundamentales y por ello acude al tipo de norma requerido en la Constitución (Ley Orgánica), pero la puerta queda abierta. La norma habilita no sólo para el caso concreto referido, sino que puede ser y de hecho es utilizada en otras circunstancias distintas a las que la justificaron. La norma parte de la idea de que es habitual lo que es excepcional. La videovigilancia no opera como elemento disuasor de la comisión de delitos, es en esencia un elemento de prueba de la realización de los mismos. Con ello se restringe el ejercicio de la intimidad de la totalidad de los que son grabados por el beneficio presumible de la seguridad ciudadana y de los bienes y derechos de todos. La ponderación habrá de tener en cuenta criterios cuantitativos y cualitativos. Atienden los primeros a la valoración de los muchos derechos a la intimidad o propia imagen (tantos como personas son objeto de la grabación), frente a la ilicitud de uno o de unos pocos (quienes comenten los actos delictivos). El segundo elemento referencial lo constituye el sacrificio o restricción de los derechos de los sujetos en la vía pública frente al beneficio que supone un elemento de prueba en la comisión de un delito. En definitiva, y como manifiesta Rovira Viñas, “el ideal de la subordinación de lo individual a lo colectivo, clásico del Estado de bienestar, está siendo pulverizado. Ya no se puede decir que el ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social que, por ser general, se dice es de rango superior, porque una afirmación como ésta, realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce hoy inevitablemente

al sacrificio del derecho fundamental, a la libertad, a la vida privada y a la intimidad, y en definitiva, al sacrificio de todas las libertades públicas”¹⁴. No debe utilizar el legislador el enfrentamiento del Estado con el ciudadano, ni tampoco resguardarse en un muy genérico interés social, para restringir derechos tan fundamentales como la libertad o la intimidad, o en todo caso la singularidad subjetiva del individuo.

Constituye en todo caso la ley que estudiamos, “un blindaje del trabajo policial”¹⁵, dado que las posibilidades de acceso a los registros de imágenes son un entramado de derechos y contraderechos, que resulta prácticamente imposible para el ciudadano tener conocimiento de lo registrado. A pesar de ello, y sorprendentemente no prevé la norma el uso de la videovigilancia en caso de delito flagrante, que parece en principio una justificación más lógica del uso de la grabación de imágenes y sonidos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y en todo caso más entroncada con la finalidad perseguida por la norma.

Hasta aquí hemos analizado los contenidos de la LOVI, pero también conviene hacer referencia a la videovigilancia en el ámbito privado, dado que en ella también persiste la posibilidad de violación de derechos fundamentales.

Tanto en lugares cerrados públicos, como privados, es muy frecuente la existencia de cámaras, que se atienen en esencia a un fin de seguridad y vigilancia, y que suplen con más ventajas a las personas. Dentro de este grupo, y por lo que se refiere a la protección de datos, habría que diferenciar la videovigilancia, de la monitorización. Se entiende por esta última la reproducción de imágenes en tiempo real, pero de las que no se guarda copia, y por lo tanto, no son susceptibles de tratamiento o utilización. Debido a esta circunstancia no han entrado dentro del ámbito de la protección de datos. Por el contrario, la videovigilancia en lugares privados, de la cual se obtiene grabación y es susceptible de tratamiento, sí entraría dentro del ámbito de la Directiva 95/46/CE y de la LOPD¹⁶.

Pero como ocurre en muchos otros ámbitos de la relación entre el derecho y la tecnología, sus contenidos han ido variando, y en el concre-

¹⁴ ROVIRA VIÑAS, A: “Reflexiones sobre el derecho a la intimidad en relación con la informática, la medicina y los medios de comunicación”. Revista de Estudios Políticos nº 77 de 1992, pág. 260.

¹⁵ Así lo denomina MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R en su artículo “Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales”, en Claves de Razón Práctica nº 89 de 1998, páginas 47.

¹⁶ Sobre las posibilidades tecnológicas de la videovigilancia, puede consultarse el artículo de ACED FÉLEZ, E: “La protección de datos personales y la videovigilancia”. Revista electrónica de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *datospersonales.org*, nº 5, noviembre de 2003.

to de la videovigilancia, se vienen produciendo una serie de necesidades jurídicas que se atienden, aunque bien es cierto, que con un constatado retraso.

Un punto temporal de inflexión es sin duda el año 2006, en el que se publica la Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. En la misma justificación introductoria de ésta, se manifiesta que “Además, la Instrucción tampoco se aplicará al tratamiento de imágenes cuando éstas se utilizan para el ejercicio de sus funciones por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que está cubierto por normas específicas, aunque estos tratamientos también deberán cumplir las garantías establecidas por la Ley Orgánica 15/1999”¹⁷.

La Instrucción 1/2006 viene a ratificar la tendencia de las normativas europeas de no dejar fuera de la regulación sobre protección de datos todo aquello que viene realizándose bajo la cobertura del concepto de videovigilancia. Esta pretensión ya había sido puesta de manifiesto en noviembre de 2006 por la Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos¹⁸, en la que se constata la necesidad de adecuar la videovigilancia a las exigencias del derecho fundamental a la protección de datos. El art. 1.1 no deja dudas al respecto del cambio operado en este ámbito, manifestando que “La presente Instrucción se aplicará al tratamiento de datos personales de imágenes de personas físicas identificadas o identificables con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras y videocámaras”. En el mismo apartado y artículo citado, establece la Instrucción el alcance del concepto de tratamiento, que puede ser “la grabación, captación, transmisión, conservación y almacenamiento de imágenes, incluida su reproducción o emisión en tiempo real, así como el tratamiento que resulte de los datos personales relacionados con aquéllas”.

Como puede comprobarse siguen siendo de necesaria existencia los tres requisitos que hemos establecido al respecto de la delimitación de la protección de la imagen como dato, es decir, tratamiento, inclusión en un fichero y que se trate de datos de carácter personal.

La única excepción a esta regla de aplicación genérica es la que contempla el art. 7.2 de la Instrucción, cuando establece que a los efectos de

¹⁷ Subrayado del autor.

¹⁸ Celebrada en Londres los días 1 a 3 de noviembre de 2006.

creación de fichero, “no se considerará fichero el tratamiento consistente exclusivamente en la reproducción o emisión de imágenes en tiempo real”. Pese a esta circunstancia de exclusión, no debemos olvidar que en todo lo demás queda esta actividad sometida a la normativa sobre protección de datos. La lectura es que la monitorización no necesita el requisito de la existencia de fichero y su inclusión en el correspondiente registro, pero como ha establecido el Tribunal Constitucional, el tratamiento de datos de carácter personal no exige la conservación de los mismos, sino que es suficiente para someter esta actividad a la protección de datos, con que exista recogida o grabación.

La Instrucción también realiza dos claras exclusiones de su ámbito de vigencia en el art. 1 en sus apartados 2 y 3. El primero de ellos ya lo hemos referido, el relativo a la utilización de cámaras y videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que se rigen por la LOVI, aunque recordemos que su tratamiento deberá cumplir las garantías establecidas en la Ley Orgánica 15/1999. La segunda exclusión viene constituida por el tratamiento de imágenes en el ámbito personal y doméstico, entendiendo por tal el sentido que le otorga la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el caso *Lindqvist*¹⁹, es decir, el que realiza una persona física en el marco de una actividad exclusivamente privada o familiar.

Es un aspecto muy relevante en el ámbito de la videovigilancia, o de forma más genérica en el tratamiento de la imagen, la vigencia de principios básicos relativos a los derechos y libertades fundamentales. El primero de ellos a tener en cuenta es la interpretación restrictiva que toda limitación de derechos y libertades ha de tener. Teniendo en cuenta que la aplicación de aquellos que referimos recae sobre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal, ambos derechos fundamentales, este principio de interpretación restrictiva de sus límites ha de estar muy presente. Otro principio de aplicación básico, y sobre el que se sustenta la Instrucción 1/2006, es el de proporcionalidad, que merece un acercamiento algo más amplio.

Nuestro Tribunal Constitucional importó muy pronto la técnica de la ponderación, y consta en el Auto 29/1981 y en la STC 31/1981. La argumentación esgrimida para utilizar esta técnica se sustenta en algunos principios básicos:

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de noviembre de 2003. Un comentario respecto de la misma puede consultarse en la Revista Electrónica de Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *datospersonales.org* nº 9 de Mayo de 2004.

No existen derechos absolutos o ilimitados, de igual forma que tampoco los límites tienen carácter absoluto. Todas las normas relativas a derechos fundamentales se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios, ello supone que tanto las normas que reconocen derechos, como las que los limitan, son igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. De esta forma, a juicio del Tribunal Constitucional y “como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”²⁰

Otro fundamento de la ponderación viene constituido por la inexistencia de jerarquía entre los distintos derechos. De ser así, en caso de colisión prevalecería siempre el de mayor rango o importancia, y lo haría de forma automática, con la necesaria intervención del juez, pero sin requerir a éste interpretación alguna.

La ponderación es necesaria, a juicio del Tribunal Constitucional, para que en caso de conflicto, se pueda otorgar preferencia a uno de ellos, “justamente a aquél que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori* sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente”²¹.

Otro aspecto que hemos de tener en cuenta es que esta actividad de ponderación, que se hace necesaria para salvar los conflictos entre derechos, no es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios también están obligados a la utilización de esta técnica, y han de hacerlo teniendo en cuenta los criterios interpretativos que para ello ha venido estableciendo el Tribunal Constitucional²².

La técnica de la ponderación ha ido haciéndose más compleja a lo largo de estos años, y si en un principio era común que se utilizasen de forma indistinta los conceptos de ponderación y de proporcionalidad,

²⁰ STC 254/1988, fundamento jurídico 3º.

²¹ STC 32/1994, fundamento jurídico 2º.

²² STC 20/1992, fundamento jurídico 2º

la STC 207/1996 establece una serie de requisitos para establecer el denominado *test de proporcionalidad*, al manifestar que “En este sentido hemos destacado que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella mas beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcional en sentido estricto)”.

Pero como nos recuerda González Beilfuss, el Tribunal Constitucional ha utilizado de forma indistinta proporcionalidad y ponderación, y especifica que “la jurisprudencia constitucional recaída hasta ahora tampoco ha diferenciado nítidamente la ponderación del principio de proporcionalidad. Influidos por la relación existente entre ambos conceptos, el Tribunal los ha empleado en muchas ocasiones de forma prácticamente indistinta, refiriéndose en unos casos a la proporcionalidad como modalidad de ponderación, y en otros a la ponderación como elemento integrante de la proporcionalidad”²³.

No obstante, no podemos pensar que esta técnica es infalible, al igual que en otras ciencias, todo tiene sus inconvenientes, no todo es absolutamente bueno. A juicio de algunos autores esta labor produce un “desdibujamiento de sus funciones básicas y el desbordamiento del ámbito competencial de la jurisdicción constitucional, ambos contrarios a la letra y al espíritu de la Constitución”²⁴. También Cabra Apalategui entiende que este sistema “no conduce a un resultado definitivo, únicamente dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación, pero ésta deja todavía margen a valoraciones cuyo control racional escapa al propio procedimiento de ponderación”²⁵. Para Prieto Sanchís²⁶, si

²³ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Aranzadi, Navarra 2003, págs. 103 y 104.

²⁴ SANCHEZ GONZÁLEZ, S.: “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”. *Teoría y Realidad Constitucional* números 12 y 13 de 2003, pág. 30.

²⁵ CABRA APALATEGUI, J. M.: “Racionalidad y argumentación jurídica”, en *Derechos y Libertades*, nº 9 de 2000, pág. 170.

²⁶ PRIETO SANCHÍS, L.: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico” *DOXA*, nº 23 de 2000, pág. 181.

bien la ponderación no equivale a irracionalidad, no significa tampoco que su resultado sea únicamente el fruto de la mera aplicación de normas, sino que hay también una valoración del que enjuicia al respecto de los bienes en conflicto, así como una cuantificación de costes y beneficios que influyen en la ponderación.

Pese a todos los inconvenientes puestos de manifiesto, y a las propias dificultades que la aplicación constitucional entraña, hemos de reconocer que es un mecanismo válido, porque requiere del juzgador un especial empeño en la argumentación de cuáles han sido las razones que ha tenido en cuenta en su proceso intelectual y justificar en todo caso por qué se decanta por la prevalencia de un derecho sobre otro.

El conocimiento del principio de ponderación, y de forma más concreta, el denominado *test de proporcionalidad* es la herramienta jurídica básica para solventar los conflictos entre el derecho a la libre comunicación pública y los que recoge el art. 18 CE, y también la que subyace en la Instrucción 1/2006. La ponderación es un elemento fundamental en todos los ámbitos en los que se instalan sistemas de videovigilancia. Si el objetivo es evitar la vigilancia omnipresente y opresiva sobre la persona, la ponderación de derechos es el elemento de referencia esencial. Pero además, uno de los derechos que entra en juego es ahora la imagen como dato, del otro lado de la ponderación estará la seguridad pública o privada, o defensa de la propiedad privada. Por último, es conveniente resaltar que no todos los datos grabados pueden ser lesivos o se pretenden incluir bajo la protección de la imagen como dato. Al igual que ocurre ahora fuera del ámbito de la protección de datos, la captación de una fotografía, dependiendo del lugar, lo fotografiado y la situación concreta de la persona, puede ser una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, a la intimidad o al honor, así como todas las variaciones posibles²⁷. Lo mismo puede ocurrir con el derecho a la imagen como dato. Puede lesionarse este derecho en tanto que es un dato de carácter personal, y no existir intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, el honor o la propia imagen, así como darse las variaciones que hemos citado. Lo relevante es la existencia de los requisitos

²⁷ Una fotografía de una persona en la playa puede ser lesiva del derecho a la intimidad y no serlo del derecho al honor o a la propia imagen. Puede lesionarse ésta sin ser intromisión ilegítima en la intimidad y el honor, y por último puede ser lesiva del derecho al honor y no serlo del derecho a la intimidad o propia imagen. Por último, pueden lesionarse los tres o ninguno de ellos.

a los que hemos hechos referencia como configuradores del derecho a la imagen como dato.

V. LA IMAGEN COMO DATO

Un concepto genérico de imagen esta contenido en los textos normativos relativos a la protección de datos. Además, se une de forma casi automática el término sonido. Así lo establece de forma concreta el Considerando 14 de la Directiva 95/46/CE. El siguiente Considerando especifica que no toda captación, transmisión, manejo, registro, conservación o comunicación de imagen queda bajo la regulación de la Directiva, sino que es necesario además, que estén automatizados o en todo caso que estén insertas en un archivo estructurado según criterios específicos relativos a las personas que faciliten el acceso a esos datos de carácter personal.

Excluye de forma radical la Directiva la posibilidad de aplicar sus mandatos a la captación de imagen o sonido a través de videocámaras que tienen como finalidad la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado o para el ejercicio de actividades del Estado relacionadas con el derecho penal u otras actividades no comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario.

Sabemos lo que queda bajo la regulación de la Directiva en lo relativo a la imagen y sonido, también sabemos lo que de forma clara se excluye. En una situación intermedia deja la Directiva la imagen y el sonido aplicados con fines periodísticos o de expresión literaria o artística, y en particular el sector audiovisual, respecto de los cuales el Considerando 17 establece que "...los principios de la Directiva se aplicarán de forma restringida según lo dispuesto en el art. 9". Si acudimos al citado artículo, la Directiva únicamente delega en los Estados miembros la posibilidad de establecer exenciones y excepciones a su vigencia, en la medida que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión.

En definitiva, la imagen es un dato de carácter personal, pero que no queda sometida a la normativa sobre protección de datos de carácter personal más que cuando se realiza con ella una serie de tratamientos que facilitan su manejo, y respecto de los cuales los Estados miembros habrán de delimitar sus contenidos. Si la finalidad es la seguridad, queda excluido de la regulación sobre protección de datos, y si la imagen se utiliza con fines periodísticos en el sector audiovisual, habrá que estar también a la

regulación que el Estado establece entre derecho a la intimidad y libertad de expresión e información²⁸.

El segundo paso que hemos de seguir es delimitar los dos requisitos que la Directiva nos establece para que la imagen quede sometida a la regulación sobre protección de datos. Tenemos que aclarar el significado de los conceptos de tratamiento automatizado y el concepto de archivo.

El significado que la Directiva otorga al término tratamiento es fácilmente entendible, el problema es su delimitación y alcance jurídico. El art. 2 de la norma a la que venimos haciendo referencia establece en su apartado b) que es tratamiento “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales”. Con posterioridad, y en el mismo apartado, relaciona los procesos más comunes de tratamiento, como son “la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como bloqueo, supresión o destrucción”.

Como puede fácilmente deducirse, entre esta delimitación y la que conocemos respecto al derecho a la propia imagen desde la perspectiva jurídica, no hay muchas diferencias. De esta forma la utilización de una imagen a través de medios informáticos, sin el consentimiento del titular, nos haría dudar de que vía legislativa utilizar para su defensa. Podríamos acudir a los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, o podríamos acudir a la Ley Orgánica 15/1999. Si nos acercamos a la delimitación jurisprudencial, no saldremos de la duda. La STC 170/1987, en su fundamento jurídico cuarto, delimita la propia imagen como “el derecho a impedir que otros capten o difundan la representación gráfica de un sujeto”. De forma más reciente, la STC 99/1994, en su fundamento jurídico quinto, establece que se “prohíbe la captación y difusión de la imagen de un sujeto ... porque... es un instrumento básico de identificación y proyección exterior, así como un factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo”.

Abunda en la confusión del concepto de tratamiento referido a la imagen los que pudiéramos denominar procesos técnicos, pues curiosamente también se realizan a través de medios informáticos, y también se

²⁸ Al respecto de esta materia puede consultarse REBOLLO DELGADO, L: *Límites a la libertad de comunicación pública*. Dykinson. Madrid 2008.

le denomina tratamiento. El ingenio humano y las posibilidades técnicas hacen prácticamente imposible referenciar todas las variantes a este respecto, pero como ejemplos ilustrativos hago uso de dos: el rejuvenecimiento o envejecimiento de la imagen de una persona, o lo que vulgarmente conocemos como efectos especiales en el cine. Todo ello es tratamiento de imagen, el que realizan los medios de comunicación, el que efectúa un particular que guarda un conjunto de fotos de un acto social, o el tránsito y visionado de imágenes a través de internet.

De esta forma el concepto de tratamiento, aunque le pongamos el adjetivo de automatizado, nos es insuficiente para dilucidar cuándo lo introducimos bajo la cobertura genérica de imagen y cuándo lo hacemos bajo la específica de la protección de datos.

A esta tesitura hemos de añadir otra circunstancia propia de la evolución tecnológica. Como conocemos, el tratamiento de la imagen hasta hace muy pocos años resultaba difícil por la gran capacidad de espacio (bites) que necesitaba, y como consecuencia de ello, el tiempo requerido para su tratamiento también era mayor. Esta circunstancia no sólo ha sido superada, y cualquier ordenador personal hoy puede realizar procesos de almacenamiento, tratamiento y transmisión de imagen y sonido en cantidades ingentes y prácticamente en tiempo real, si no que además hay que sumar la posibilidad de transmitir otro conjunto de datos relativos o referentes a la imagen y el sonido, y en definitiva referenciables al sujeto, que lo hacen más identificable, que aportan más datos relativos a él.

Nos puede ser de ayuda en la delimitación del concepto de tratamiento automatizado la referencia que realiza el Considerado 26 de la Directiva, puesto que realiza la aclaración de que “los principios de la protección deberán aplicarse a cualquier información relativa a una persona identificada o identificable que, para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizadas por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona, para identificar a dicha persona...”.

Para la Directiva son datos personales “toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”.

Como puede comprobarse, no es elemento significativo dentro del tratamiento para que quede sometido a la legislación sobre protección

de datos que aquél sea automatizado, dado que también puede ser parcialmente automatizado o incluso manual. Lo relevante jurídicamente es que facilite el acceso a un conjunto organizado de datos de carácter personal. Tampoco es necesario únicamente que estén contenidos en un fichero, es suficiente, en virtud del art. 3 de la Directiva, que sean o estén “destinados a ser incluidos en un fichero”.

Es frecuente que asociemos tanto las delimitaciones, como las funcionalidades, con el medio o la herramienta que utilizamos para captar, transmitir o de forma genérica usar la imagen. Pero nos tenemos que desprender de esta asociación y acudir a la verificación de la existencia de tres requisitos imprescindibles y configuradores de la imagen como dato, y que están contemplados en el art. 3 de la Directiva, cuando establece que sus contenidos y disposiciones se “aplicarán al tratamiento total o parcialmente automatizados de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero”.

El concepto de dato personal en esta delimitación de la imagen no es relevante, dado que si atendemos a la definición que de estos realiza el Reglamento²⁹ de desarrollo de la Ley 15/1999 en su art. 5 f) identifica como dato de carácter personal a “cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Aunque hace referencia concreta a lo fotográfico y acústico, abre tanto las posibilidades que lo relevante no es el medio, y sí la posibilidad de identificación.

De esta forma podemos replantear la argumentación atendiendo únicamente a dos requisitos que tienen atribuida una finalidad. Los requisitos son tratamiento, sea automatizado o no de datos personales, y que son incluidos en un fichero.

Hemos delimitado lo más relevante del concepto de tratamiento, nos queda ahora por tanto, y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, establecer el alcance jurídico de fichero. No hay diferencias sustantivas entre la definición que realiza el art. 2 c) de la Directiva, “todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados ...” y el art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999 que lo define como “Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuera la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”. Por su parte el art. 5 k) del Real Decreto 1720/2007,

²⁹ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

remarca la accesibilidad, dado que define fichero como “Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuera la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”.

En resumen, la imagen requiere para quedar bajo la regulación de la protección de datos que se realice con ella cualquier tipo de operación (tratamiento) que la haga accesible (fichero) y que sea relativa a una persona identificada o identificable (dato de carácter personal).

Si atendemos al primero y al último de los conceptos delimitados, es decir, tratamiento de datos de carácter personal, no tenemos elementos suficientes para diferenciar la protección de la imagen por la vía de los datos de carácter personal de la genérica del derecho a la propia imagen. Será la delimitación del concepto de fichero el elemento determinante para dilucidar el sometimiento a uno u otro conjunto normativo.

Tanto la Directiva, como la L 15/1999, como su Reglamento de desarrollo, no ofrecen dudas al respecto del concepto de fichero. Lo determinante es que exista un criterio organizativo, que facilite el acceso a sus contenidos, siendo indiferente la forma o modalidad de creación, el medio de acceso o el tipo de organización. También es indiferente si se encuentra total o parcialmente automatizado, porque en todo caso también habría que incluir a los ficheros manuales. No obstante operan a este respecto tres exclusiones, que son las referidas en el art. 4 del Reglamento:

- a) Los realizados o mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, es decir, que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares.
- b) Los sometidos a normativa sobre protección de materias clasificadas.
- c) Los establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada.

En definitiva el fichero es un conjunto organizado de datos de carácter personal, que es accesible conforme a un determinado criterio lógico que permite un empleo sistemático y selectivo. Aunque pudiera parecer que este requisito de la existencia de fichero es poco relevante o tiene carácter procedimental, si lo unimos a la circunstancia de que su contenido son datos personales, entran en juego los principios que al respecto de

éstos establece la Directiva (art. 6 y 7), el Título II de la LOPD (arts. 4 a 12) y del Título II del Reglamento (arts. 8 a 22).

Después de estas delimitaciones técnicas, podemos concretar lo nuclear del derecho a la imagen como dato. Partimos del concepto de imagen común que ya conocemos, es decir, la reproducción de la figura de una persona sobre un soporte material cualquiera. Hemos de tener presente también la existencia de libre disposición del sujeto de su imagen, tanto en la captación o recopilación, como en su transmisión o difusión. De esta forma lo que singulariza a la imagen como dato no es que lo sea, es decir, que sea un dato de carácter personal, sino que ha sido sometida a un tratamiento, y que se incluye en un fichero que facilita su acceso. Una vez que se da la existencia de estos requisitos, es indiferente el medio a través del cual se hace uso de la imagen. Serán importantes estas otras circunstancias para determinar aspectos de la imputabilidad, o el alcance de la responsabilidad patrimonial, pero el contenido esencial del derecho ya viene establecido por sus elementos conformadores, recordemos, tratamiento e inclusión en un fichero.